

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180053-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. R. Naef, Präsident, lic. iur. M. Langmeier und
Oberrichterin lic. iur. R. Affolter sowie der Gerichtsschreiber lic. iur.
R. Bretscher

Urteil vom 21. Juni 2018

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. T. Moder,

Anklägerin und Berufungsbeklagte sowie Anschlussberufungsklägerin

betreffend

Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung,
vom 26. Oktober 2017 (DG170099)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 3. April 2017 (Urk. 24) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 53 S. 29 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a sowie
 - der Übertretungen des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 18 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 52 Tage durch Haft erstanden sind sowie mit einer Busse von Fr. 300.–.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.
5. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
6. Die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird angeordnet.
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 31. Januar 2017 beschlagnahmte Barkaution in der Höhe von Fr. 400.– wird eingezogen und zur Deckung der Busse und der Verfahrenskosten verwendet.
8. Die von der Kantonspolizei Zürich am 29. Januar 2017 sichergestellten Betäubungsmittel, Stoffe und Gegenstände (Geschäfts-Nr. 68776409):
 - Mobiltelefon Nokia (Asservat Nr. A010'068'049);
 - Mobiltelefon Huawei (Asservat Nr. A010'068'210);
 - Mobiltelefon Samsung silber (Asservat Nr. A010'068'367);
 - Mobiltelefon Samsung weiss (Asservat Nr. A010'068'390);
 - Schere (Asservat Nr. A010'068'629);

- 2 Miniwaagen (Asservat Nr. A010'068'641 und A010'068'674);
- Cellophanbeutel & schwarze Socke (Asservat Nr. A010'068'458);
- Cellophanbeutel (Asservat Nr. A010'068'505);
- Salzstreuer (Asservat Nr. A010'068'549);
- Behälter "... " (Asservat Nr. A010'068'572);
- Einmachglas (Asservat Nr. A010'068'594);

werden eingezogen und der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung überlassen.

9. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

- Fr. 4'500.-; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 1'100.- Gebühr Anklagebehörde
- Fr. 280.- Auslagen Kantonspolizei
- Fr. 600.- Gutachten Betäubungsmittel
- Fr. 4'163.90 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

- 10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
- 11. Die amtliche Verteidigung wird mit Fr. 4'163.90 entschädigt. Diese Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen, vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
- 12. (Mitteilung)
- 13. (Rechtsmittel)
- 14. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 55 S. 2; Urk. 69 S. 1)

- 1. Es sei Ziffer 5 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 26. Oktober 2017, aufzuheben, und es sei von einer Landesverweisung abzusehen.

2. Es sei die von der Anklägerin am 26. Februar 2018 erhobene Anschlussberufung vollständig abzuweisen.
 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten.
- b) Der Staatsanwaltschaft:
(Urk. 60 S. 1; Urk. 71 S. 1 sinngemäss)
1. Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 26. Oktober 2017 sei teilweise aufzuheben und der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren zu bestrafen.
 2. Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils des Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 26. Oktober 2017 sei aufzuheben und der Beschuldigte sei für 10 Jahre des Landes zu verweisen.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Verfahrensgang

1.1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung von unnötigen Wiederholungen auf die Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 53 S. 5).

1.2. Gegen das vorstehend wiedergegebene mündlich eröffnete Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 26. Oktober 2017 (Prot. I S. 12 ff.) liess der Beschuldigte durch seine amtliche Verteidigung am 30. Oktober 2017 (Datum Poststempel) fristgerecht Berufung anmelden (Urk. 49). Nach Zustellung des begründeten Urteils am 30. Januar 2018 (Urk. 52/2) reichte die Verteidigung mit Eingabe vom 19. Februar 2018 (Urk. 55) – ebenfalls fristgerecht – dem Obergericht die Berufungserklärung ein. Mit Präsidialverfügung vom 21. Februar 2018 wurde die Berufungserklärung in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO der

Staatsanwaltschaft zugestellt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 58). Innert Frist erhob die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung (Urk. 60).

1.3. Zur heutigen Berufungsverhandlung erschienen der Beschuldigte in Begleitung seiner amtlichen Verteidigerin sowie Staatsanwalt lic. iur. T. Moder als Vertreter der Anklagebehörde. Vorfragen waren keine zu entscheiden und – abgesehen von der Einvernahme des Beschuldigten (Urk. 67) – auch keine Beweise abzunehmen (Prot. II S. 6). Das Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 10 ff.).

2. Umfang der Berufung

2.1. Die Berufung des Beschuldigten (Urk. 55; Urk. 69 S. 1) richtet sich einzig gegen die Landesverweisung (Dispositiv-Ziffer 5). Nicht explizit angefochten wurde durch die Verteidigung Dispositiv-Ziffer 6, welche indes bei einem Absehen von der Landesverweisung ebenfalls entfallen würde und demnach ebenfalls Berufungsgegenstand bildet. Die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft richtet sich gegen die Höhe der Freiheitsstrafe, nicht aber deren Vollzug, die Anrechnung der Haft oder die Bussenhöhe, sowie gegen die Dauer der Landesverweisung (Urk. 60; Urk. 71 S. 1). Zuzufolge Konnexität müssen aber – unter Beachtung des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) – bei der Anfechtung der Strafhöhe auch der Vollzug sowie allfällige Anrechnungsmodalitäten der Haft zur Disposition stehen.

2.2. Damit kann festgehalten werden, dass die Dispositiv-Ziffern 1, 2 (soweit die Busse betreffend), 3 (soweit die Busse betreffend) und 4, sowie 7-11 nicht angefochten und somit in Rechtskraft erwachsen sind, was vorab festzustellen ist (Art. 399 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 402 und 437 StPO). Im übrigen Umfang steht der angefochtene Entscheid im Rahmen des Berufungsverfahrens unter Vorbehalt des Verschlechterungsverbotest gesamthaft zur Disposition (Art. 391 Abs. 2 StPO).

3. Formelles

3.1. Soweit für die tatsächliche und die rechtliche Würdigung des eingeklagten Sachverhaltes auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird, so erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO, auch ohne dass dies jeweils explizit Erwähnung findet.

3.2. Im Übrigen ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Die Berufungsinstanz kann sich somit auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.

II. Strafzumessung

1. Ausgangslage

Die Vorinstanz hat für das Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz eine Freiheitsstrafe von 18 Monaten ausgesprochen, wobei sie bis zum Urteilstag 52 Tage als durch Untersuchungshaft erstanden anrechnete (Dispositiv-Ziffer 2, Urk. 53 S. 29). Die Staatsanwaltschaft beantragt in ihrer Anschlussberufung, es sei der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren zu belegen (Urk. 60 S. 3; Urk. 71 S. 1).

2. Grundsätze der Strafzumessung

2.1. Die Vorinstanz hat die Grundsätze der Strafzumessung richtig dargelegt, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen auf diese Erwägungen verwiesen werden kann (Urk. 53 S. 7 f.). Die Strafe ist vorliegend innerhalb eines Strafrahmens von einem bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe zu bemessen (Art. 19 Abs. 2 BetmG, Art. 40 StGB).

2.2. Im Sinne einer Kontrolle und im Interesse von Rechtsgleichheit und -sicherheit ist ein Vergleich mit der empirischen Strafmasstabelle von FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER (OF-Kommentar zum BetmG, 3. Aufl., Zürich 2016) hilfreich.

Darin wird anhand verschiedener Modelle und der Gerichtspraxis in der Schweiz zu Betäubungsmitteldelikten ein grober Raster für die Strafhöhe vorgeschlagen.

3. Konkrete Strafzumessung

3.1. Die Staatsanwaltschaft bringt vor, das Verschulden des Beschuldigten sei als nicht mehr leicht einzustufen. So habe der Beschuldigte über einen längeren Zeitraum und vor allem aus rein monetären Überlegungen heraus gehandelt. Bei ihm könne auch nicht von einem Drogenkonsumenten gesprochen werden, welcher zur Finanzierung seiner eigenen Sucht auf den Handel mit Kokain angewiesen gewesen wäre. Besonders verwerflich sei, dass er auch weitere Personen (B._____) in seine Geschäfte einbezogen habe und diese dadurch auch der Strafverfolgung ausgesetzt habe. So sei bei ihm von einem geradezu skrupellosen Verhalten zu sprechen, das sich durch seinen gelegentlichen Eigenkonsum nicht entschuldigen lasse. Sein Handeln sei rein egoistisch, ohne sich auch nur ansatzweise in einer Notlage zu befinden und lasse sich durch nichts entschuldigen. Nur weil die Ehefrau an Krebs sterbe, werde man nicht zum Drogenhändler (Urk. 60 S. 2; Urk. 71 S. 2; Prot. II S. 8).

3.2. Die Verteidigung führte vor der Vorinstanz und anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung aus, der Beschuldigte habe rund 74,5 (recte 72,5) Gramm Kokain verkauft. Damit habe er den Grenzwert, um einen schweren Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG zu begründen zwar um rund vier Mal überschritten. Dabei sei aber zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte diese Verkäufe nicht in einem kurzen Zeitraum, sondern über zwei Jahre hinweg getätigt habe. Für das Verschulden des Beschuldigten sei weiter relevant, dass er nicht sehr professionell vorgegangen sei und den Handel nicht im grossen Stil betrieben habe. Er sei ausserdem auf der unteren Hirarchiestufe anzusiedeln. Er habe vorsätzlich gehandelt, dies aber insbesondere um seine eigene Sucht zu finanzieren. In diese sei er geraten, als seine Frau erkrankt sei. Die Krankheit und der Tod seiner Frau hätten den Beschuldigten aus der Bahn geworfen. Das Verschulden sei als nicht allzu schwer einzustufen, weshalb eine hypothetische Einsatzstrafe von 20 Monaten angemessen erscheine (Urk. 42 S. 2 f.; Urk. 69 S. 1).

3.3. Zusammengefasst hat die Vorinstanz erwogen, dass der Beschuldigte während rund zwei Jahren 72 Gramm reines Kokainhydrochlorid an zwei regelmässige Abnehmer zu einem Preis von Fr. 100.– pro Gramm verkauft habe. Weiter habe er einer weiteren Person rund 0.5 Gramm reines Kokainhydrochlorid zu einem Preis von Fr. 50.– verkauft. In der Wohnung hätten weiter insgesamt 2,05 Gramm reines Kokainhydrochlorid sichergestellt werden können, welches teilweise für den eigenen Konsum, teilweise für den Weiterverkauf bestimmt gewesen sei. Die vom Beschuldigten gehandelte Totalmenge übersteige die Grenzmenge zum qualifizierten Delikt nach Art. 19 Abs. 2 BetmG um das Vierfache und wiege damit erschwerend. Die Deliktsdauer wertete die Vorinstanz entgegen dem Vorbringen der Verteidigung nicht als verschuldensmindernd, sondern als erschwerend. Die Dauer zeuge von einem langanhaltenden bzw. wiederholt erneuerten Vorsatz des Beschuldigten. Der Beschuldigte habe ferner einen nicht unbeachtlichen Gewinn in der Höhe von Fr. 10'100.– aus seinen Verkäufen erzielt. Erschwerend bewertete die Vorinstanz sodann den Umstand, dass Streckmittel und andere für die Verarbeitung von Betäubungsmitteln typischerweise benötigte Utensilien im Besitz des Beschuldigten sichergestellt hätten werden können. Daraus sei zu schliessen, dass der Beschuldigte das selbst eingekaufte Kokaingemisch nicht nur direkt weiterverkauft habe, sondern dieses in einem Zwischenschritt eigenhändig bearbeitet bzw. gestreckt habe. Er sei in diesem Sinne selbständig gewesen. Dadurch sei er nicht in der tiefsten, aber doch noch in einer eher unteren Hierarchiestufe des Betäubungsmittelhandels anzusiedeln. Andererseits sei zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte nie mit grossen Mengen auf einmal gehandelt habe. Auch habe er nur wenige Abnehmer gehabt und sei selber Konsument gewesen.

Betreffend die subjektive Tatschwere sei leicht mindernd zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte selbst süchtig gewesen sei. Sodann hielt die Vorinstanz nach der Gegenüberstellung der Einnahmen und Ausgaben des Beschuldigten fest, dass dem Beschuldigten genügend finanzielle Mittel für den Kauf von Betäubungsmitteln zur Verfügung gestanden seien. Er sei daher nicht auf den Handel angewiesen gewesen, um seine Sucht zu finanzieren, sondern er habe aus rein monetären Gründen gehandelt. Es sei von einer Tatschwere im unteren Bereich

auszugehen, wobei sich eine hypothetische Einsatzstrafe von 20 Monaten ergebe (Urk. 53 S. 8 ff.).

3.4. Die Drogenmenge ist in der Regel ein wesentliches Strafzumessungskriterium, weil sie das Gefährdungspotential und damit das Ausmass der Rechtsgutverletzung widerspiegelt. Auch der Gesetzgeber definiert den schweren Fall in Art. 19 Ziff. 2 aBetmG bzw. Art. 19 Abs. 2 BetmG unter anderem anhand der Drogenmenge. In der Praxis kommt diesem Kriterium häufig vorrangige oder ausschlaggebende Bedeutung zu. Die etwas unglückliche, weil zu absolute bundesgerichtliche Formulierung in BGE 118 IV 342, der Drogenmenge komme *keine vorrangige* Bedeutung zu ("prépondérant", Urteil des Bundesgerichtes 6B_107/2013 vom 15. Mai 2013 Erw. 2.1.1), wird in der Praxis oft zu wörtlich interpretiert bzw. verallgemeinert. Völlig richtig hielt das Bundesgericht nämlich fest, dass die Menge nur ein Gesichtspunkt der Strafzumessung neben andern Faktoren darstelle und insofern eine generelle, starre Rangordnung abzulehnen sei (BGE 118 IV 342 Erw. 2c). Das Bundesgericht wollte mit diesem Entscheid vor allem einer sturen Tarifierung nach Menge eine Absage erteilen, aber wohl kaum ausschliessen, dass im Einzelfall der Menge eben doch die ausschlaggebende Bedeutung bei der Strafzumessung zukommen kann. In der Praxis bleibt die Menge denn auch häufig das gewichtigste Kriterium und ist in diesem Sinne oft vorrangig (Duden: u.a. bedeutsam, entscheidend, essentiell, wesentlich). So dürfte es beispielsweise der seltene Ausnahmefall bleiben, dass jemand, der vier Kilogramm reines Kokain erwirbt, milder bestraft wird als jener, der 15 Gramm desselben Stoffes kauft. Dies weil sich die übrigen Verschuldenselemente eben bei einem Vergleich der Fälle oftmals wenig voneinander unterscheiden. Selbstverständlich kann es im Einzelfall aber vorkommen, dass z.B. die Hierarchiestufe im Drogenhandel oder die kriminelle Energie das Strafmass mehr beeinflussen als die reine Drogenmenge (vgl. dazu auch FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, 3. Aufl., Zürich 2016, OF-BetmG-Kommentar, S. 542 N 37 zu Art. 47 StGB).

Das Bundesgericht hat aufgrund eines breit abgestützten wissenschaftlichen Diskurses festgehalten, dass 18 Gramm reiner Kokainwirkstoff genügen, um die Gesundheit von 20 Personen zu gefährden (BGE 109 IV 143 Erw. 3b). Demzufolge

legte es fest, dass ab einer Menge von 18 Gramm von einem schweren Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe auszugehen ist. Vorliegend hat der Beschuldigte 74,5 Gramm reines Kokain gehandelt respektive in seinem Besitz gehabt. Dies ist rund viermal mehr als besagter Grenzwert. Erschwerend ins Gewicht fällt mit der Vorinstanz, dass der Beschuldigte diese Menge über einen beachtlichen Deliktszeitraum mit einer Vielzahl von Einzelgeschäften gehandelt hat, sowie dass er nicht etwa als bloss Ausführender in untergeordneter Stellung gehandelt hat, sondern mit der Vorinstanz aufgrund der bei ihm sichergestellten Betäubungsmittelutensilien (Streckmittel, Waage etc.) davon auszugehen ist, dass er das Kokain teilweise erst gestreckt und dann weiterverkauft hat.

In subjektiver Hinsicht hat der Beschuldigte direktvorsätzlich gehandelt. Eine unverschuldete Notlage hat bei ihm nicht bestanden. Zutreffend hat die Vorinstanz erwogen, dass der Beschuldigte aus rein monetären Gründen heraus dem Betäubungsmittelhandel nachgegangen ist. Aufgrund der Einkommenssituation des Beschuldigten blieben ihm nach Deckung seiner Lebenshaltungskosten immer noch genügend eigene finanzielle Mittel, um seinen Drogenkonsum zu decken (Urk. 3 S. 2 f. und 5 F/A 13, 22, 52 und 54; Urk. 45 S. 6). Er war deshalb nicht darauf angewiesen, mit Betäubungsmitteln zu handeln. Vielmehr generierte er mit über Fr. 10'000.– einen beträchtlichen Gewinn aus dem Betäubungsmittelhandel, was erschwerend zu werten ist. Eine finanzielle Notlage, welche auf eine erheblich reduzierte Entscheidungsfreiheit schliessen liesse und ihn zum deliktischen Verhalten gezwungen hätte, kann deshalb nicht ausgemacht werden. Strafmindernd hat sich die Suchtmittelabhängigkeit des Beschuldigten auszuwirken. Selbst süchtigen Drogenhändlern kann typischerweise ihr objektives Verhalten auf der subjektiven Seite nur reduziert angerechnet werden.

3.5. Wenn die Vorinstanz eine Einsatzstrafe von 20 Monaten aufgrund der Tatkomponente festsetzt, so erscheint dies dem leichten Verschulden des Beschuldigten angemessen. Ein Blick auf die Strafmassmodelle von FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER (a.a.O., S. 527 - 549) zeigt, dass diese Einsatzstrafe einem Vergleich zu anderen Urteilen in der Schweiz standhält, zumal sich der Zuschlag

(deutlich mehr als 5 Geschäfte) und der Abzug (Drogenabhängigkeit) die Waage halten.

3.6. Die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten, insbesondere auch dessen Vorstrafenlosigkeit, wirken sich strafzumessungsneutral aus. Zuzustimmen ist der Vorinstanz, wenn sie zur Täterkomponente festhält, dass das Geständnis des Beschuldigten entgegen der Verteidigung nicht von Anfang an erfolgt sei, sondern sich der Beschuldigte erst anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Konfrontationseinvernahme umfassend geständig zeigte. Die Untersuchung wurde dadurch nicht wesentlich erleichtert, weshalb dieses nur ganz leicht strafmindernd zu berücksichtigen ist. Richtigerweise hat die Vorinstanz auch die Bemühungen des Beschuldigten nach der Tat sowie seine Einsicht und Reue strafmindernd berücksichtigt. Die Strafminderung von zwei Monaten erscheint den Umständen angemessen, wird auch durch die Verteidigung nicht moniert (Urk. 69 S. 2) und kann so übernommen werden (Urk. 53 S. 11 f.).

3.7. In Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils ist der Beschuldigte somit mit einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten zu bestrafen. Der Anrechnung der vom Beschuldigten erstandenen 52 Tage Untersuchungshaft steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

3.8. Unter Verweis auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 53 S. 14/15) ist der Vollzug der Freiheitsstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren bedingt aufzuschieben.

III. Landesverweisung

1. Ausgangslage

Die Vorinstanz bejahte das Vorliegen einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 BetrG, verneinte einen schweren persönlichen Härtefall und sprach gegenüber dem Beschuldigten eine Landesverweisung für die Dauer von fünf Jahren aus (Urk. 53 S. 15 ff.).

2. Anwendbares Recht und Würdigung

2.1. Nach dem StGB wird beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen begeht (Art. 2 Abs. 1 StGB). Hat der Täter ein Verbrechen oder Vergehen vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, so ist das neue Recht anzuwenden, wenn es für ihn das mildere ist (Art. 2 Abs. 2 StGB; Grundsatz der lex mitior).

Gemäss erstelltem Sachverhalt ist der Beschuldigte im Zeitraum vom 1. Januar 2015 und 29. Januar 2017 dem Betäubungsmittelhandel nachgegangen. Art. 66a StGB, welcher die vorliegend in Frage stehende obligatorische Landesverweisung regelt, ist auf den 1. Oktober 2016 in Kraft getreten. Weder aus dem Anklagesachverhalt noch aus den übrigen Akten ergibt sich, dass der Beschuldigte seit Inkrafttreten dieser Bestimmung bis zum 29. Januar 2017 eine Katalogtat begangen hätte, so insbesondere für diesen Zeitraum auch kein schwerer Fall von Betäubungsmittelhandel gegeben wäre. Aus dem Gesagten erhellt, dass gegenüber dem Beschuldigten keine obligatorische Landesverweisung gemäss Strafgesetzbuch auszusprechen ist.

2.2. Die Staatsanwaltschaft hielt anlässlich der Berufungsverhandlung dafür, dass eine fakultative Landesverweisung auszusprechen sei, wenn das Gericht keine obligatorische Landesverweisung anordne (Prot. II S. 8).

Gemäss Art. 66a^{bis} StGB kann das Gericht einen Ausländer für 3-15 Jahre des Landes verweisen, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens, das nicht nach Art. 66a StGB erfasst wird, zu einer Strafe verurteilt wird. Die gesetzgeberische Wertung, welche in Art. 66a StGB vorgibt, bei welchen Delikten zwingend eine Landesverweisung zu verhängen ist, impliziert, dass bei übrigen Verbrechen und Vergehen eine erhebliche Schwere vorliegen und im Einzelfall die negative Legalprognose aus spezialpräventiver Sicht diese Massnahme indizieren muss (OFK/StGB-HEIMGARTNER, Art. 66a^{bis} N 1). Sinn und Zweck dieser Norm ist es mit anderen Worten, dass eine Landesverweisung ausgesprochen werden kann, wenn der Täter ein nicht im Katalog von Art. 66a StGB aufgeführtes Delikt verübt, welches qualitativ aber die Schwere eines solchen erreicht.

Diese Schwere wird durch das vom Beschuldigten im Zeitraum vom 1. Oktober 2016 bis zum 29. Januar 2017 verwirklichte Verhalten im vorliegendem Fall aber gerade nicht erreicht. Der Beschuldigte verkaufte Kokain im untersten Grammbereich an wenige Konsumenten. Dieses Verhalten rechtfertigt es nicht, eine Landesverweisung nach Art. 66a^{bis} StGB auszusprechen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
2. Im Berufungsverfahren werden die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO). Ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren als obsiegend oder unterliegend gilt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor Beschwerdeinstanz bzw. Berufungsgericht gestellten Anträge gutgeheissen wurden (BSK StPO-DOMEISEN, Art. 428 N 6).

Der Beschuldigte obsiegt mit seinem Antrag, es sei von einer Landesverweisung abzusehen, während die Staatsanwaltschaft mit ihren Anträgen (Strafzumessung, Dauer der Landesverweisung) vollständig unterliegt. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind deshalb auf die Gerichtskasse zu nehmen.

3. Es erscheint unter Berücksichtigung der von der amtlichen Verteidigung eingereichten Honorarnote (Urk. 70) angemessen, die amtliche Verteidigung mit Fr. 2'100.– zu entschädigen. Diese Kosten sind ebenfalls auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 26. Oktober 2017 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

- " 1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig
- des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a sowie
 - der Übertretungen des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1.
2. Der Beschuldigte wird bestraft [...] mit einer Busse von Fr. 300.–.
3. [...]. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.
5. [...]
6. [...]
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 31. Januar 2017 beschlagnahmte Barkaution in der Höhe von Fr. 400.– wird eingezogen und zur Deckung der Busse und der Verfahrenskosten verwendet.
8. Die von der Kantonspolizei Zürich am 29. Januar 2017 sichergestellten Betäubungsmittel, Stoffe und Gegenstände (Geschäfts-Nr. 68776409):
- Mobiltelefon Nokia (Asservat Nr. A010'068'049);
 - Mobiltelefon Huawei (Asservat Nr. A010'068'210);
 - Mobiltelefon Samsung silber (Asservat Nr. A010'068'367);
 - Mobiltelefon Samsung weiss (Asservat Nr. A010'068'390);
 - Schere (Asservat Nr. A010'068'629);
 - 2 Miniwaagen (Asservat Nr. A010'068'641 und A010'068'674);
 - Cellophanbeutel & schwarze Socke (Asservat Nr. A010'068'458);
 - Cellophanbeutel (Asservat Nr. A010'068'505);
 - Salzstreuer (Asservat Nr. A010'068'549);
 - Behälter "... " (Asservat Nr. A010'068'572);
 - Einmachglas (Asservat Nr. A010'068'594);

werden eingezogen und der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung überlassen.

9. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 4'500.-; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 1'100.- Gebühr Anklagebehörde

Fr. 280.- Auslagen Kantonspolizei

Fr. 600.- Gutachten Betäubungsmittel

Fr. 4'163.90 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.

11. Die amtliche Verteidigung wird mit Fr. 4'163.90 entschädigt. Diese Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen, vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO."

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 18 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 52 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
3. Es wird keine Landesverweisung gemäss Strafgesetzbuch ausgesprochen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen Fr. 2'100.- für die amtliche Verteidigung.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.

6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (übergeben)
- das Forensische Institut Zürich, FOR-ZA, Zeughausstrasse 11, Postfach, 8021 Zürich (BM-Lager-Nr. B00259-2017, Ref. K1700130-022/68776409)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten

7. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 21. Juni 2018

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Naef

lic. iur. R. Bretscher

Zur Beachtung:

Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht:

Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe.

Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB),

- wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht,
- wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.